Der Rechtsirrtum
im geltenden und im kommenden Strafrecht

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Paul Henkel
Referendar aus Fürth in Bayern

Approbiert am 22. Dezember 1936

Düren-Rhld.

Spezial-Dissertations-Buchdruckerei Düren, Nideggenerstraße 161—163
1937

1937/352

Dekan und Referent: Professor Dr. August Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Aufgabe.

Es soll dargelegt werden, welchen Standpunkt das Reichsgericht, als der maßgebliche Träger der strafrechtlichen Praxis, in den vom geltenden Strafgesetzbuch nicht geregelten Fragen des Rechtsirrtums einnimmt. Weiterhin will ich in kurzen Zügen die Stellungnahme der Literatur zum Problem des Rechtsirrtums darstellen und kritisieren, um zu der m.E. mit dem geltenden Strafgesetzbuch am besten zu vereinbarenden Lösung zu kommen. Im zweiten Teil der Abhandlung soll die Regelung des Rechtsirrtums im kommenden Strafgesetzbuch, wie sie nach den Vorschlägen der Strafrechtskommission zu erwarten ist, dargelegt und die bisherige Kritik daran gewürdigt werden.

Literatur.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl.
Becker: Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit unter Berücksichtigung der Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. Diss. Erlangen 1935.
Beling: Grundzüge des Strafrechts, 1930.
—: Lehre vom Verbrechen, 1906.
Binding: Die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl.
Dahm: Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Deutsche Justiz.
Deutsches Strafrecht.
Dohna: Recht und Irrtum 1925.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Frank: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 18. Aufl.
—, Hans: Handbuch für Recht und Gesetzgebung 1935.
—, Hans: Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 1935.
Freisler: Denkschrift der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht über die Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts 1934.
Gerichtssaal.
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht 1932.
Gürtner: Das kommende Strafrecht, allg. Teil, 2. Aufl.
v. Hippel: Deutsches Strafrecht, II, 1932.
Jellinek: Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl.
Kohlrausch: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht 1903.
Köhler: Deutsches Strafrecht, allg. Teil 1917.
Leipziger Zeitschrift.
v. Liszt: Lehrbuch des Strafrechts, 21. und 22. Aufl.
Lucas: Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht, 1883.
M. E. Mayer: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923.
Mezger: Lehrbuch des Strafrechts, 1933.
Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts, 1921.
Schiebold: Stellungnahme zur Schuldlehre des kommenden Strafrechts, 1935.
Schmidt-Leichner: Unrechtsbewußtsein und Irrtum in ihrer Bedeutung für den Vorsatz im Strafrecht, 1935.
v. Weber: Zum Aufbau des Strafrechtssystems.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Gliederung.

A. Einleitung 1

I. Begriff des Irrtums und seine Betrachtungsweise 1

II. Der Rechtsirrtum 1

B. Das geltende Recht 1

I. Das geltende Strafgesetzbuch 1

II. Das Reichsgericht 3

III. Die Literatur 5

a) Schuldlos rechtswidriges Handeln 5

b) Vorsätzlich rechtswidriges Handeln 6

c) Fahrlässig rechtswidriges Handeln 8

IV. Zusammenfassung 9

C. Das kommende Recht 9

I. a) Das kommende Recht verlangt das „Bewußtsein" Unrecht zu tun als Vorsatzelement 9

b) Beweisschwierigkeiten werden behoben durch:

1) Erweiterung des dolus eventualis 10

2) Unbeachtlichkeit eines mit der Volksanschauung unvereinbaren Irrturm 10

c) Das Korrektiv der Volksanschauung durchbricht, aber ersetzt nicht das Bewußtseinsprinzip 11

d) Das Korrektiv der Volksanschauung entspricht nationalsozialistischer Rechtsauffassung 12

e) Volksanschauung muß „gesund" sein 14

f) Gesundes Volksempfinden ist kein unbestimmter Begriff . . 14

g) Gesunde Volksanschauung ist im Gesetz enthalten und vom Richter festzustellen 15

h) Fassung der Irrtumsklausel 15

i) Das gesunde Volksempfinden und die früheren Reichsgerichtsurteile 15

II. a) Das Bewußtsein der „Pflichtwidrigkeit" konnte im geltenden Strafgesetzbuch nicht zum Vorsatzelement erhoben werden . 16

b) Das kommende Strafgesetzbuch kann auf Pflichtwidrigkeit abstellen 16

c) Der Entwurf verlangt das Bewußtsein „Unrecht" zu tun . . . 17

d) Unrecht und Gesetz 17

e) Der Unrechtsbegriff und die Rechtssicherheit 18

f) Die dogmatische Stellung des Unrechtsbegriffs 18

g) Der Entwurf verlangt alternativ das Bewußtsein, gegen ein „Gesetz" zu verstoßen 18

III. a) Der Irrtum 19

b) Die Rechtsfahrlässigkeit 19

IV. Zusammenfassung 20

A. Einleitung.

I. Begriff des Irrtums und seine Betrachtungsweise.

Unter strafrechtlichem Irrtum versteht man die positive falsche Vorstellung, sowie die überhaupt fehlende Vorstellung des Täters von seiner Tat[1]). Der Irrtum bildet also eine Beziehung zwischen der Tat und der Vorstellung des Täters. Er gehört demnach dogmatisch zur Lehre vom Vorsatz, da dessen erste Voraussetzung eine bestimmte richtige Vorstellung des Täters von seiner Tat ist. Der Irrtum ist damit ein Umstand, der zur Handlung des Täters nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß damit zugleich der Vorsatz entfiele. Einfacher ausgedrückt: die Irrtumslehre ist nur die Vorsatzlehre vom negativen Standpunkt aus betrachtet[2]). Besonders zu beachten ist dabei jedoch, daß der Irrtum nicht die Kehrseite der Schuld überhaupt bildet[3]), denn für die Fahrlässigkeit ist ja gerade der Irrtum, sofern er unentschuldbar ist, kennzeichnend, während den Vorsatz auch der unentschuldbare Irrtum ausschließt[4]). Soll also der Irrtum dargestellt werden, so ist es wohl nicht unbedingt notwendig, jedoch praktisch, die positive Seite, den Vorsatz zu ergründen. Ist festgestellt, welche Vorstellungen des Täters den Vorsatz begründen und rechtfertigen, so ergibt sich die Umkehrung von selbst.

II. Rechtsirrtum.

Nach dem Gegenstand, den der Täter zum Ziel seiner Vorstellung bei Begehung der Tat macht, läßt sich eine Zweiteilung vornehmen[5]). Denn seine Vorstellung kann sich einerseits auf den objektiven Sachverhalt der Tat richten, andererseits kann sie die Bedeutung dieser Tatsachen für die Rechtsordnung zum Gegenstand haben. Für den Vorsatz ergeben sich damit die Fragen nach der Vorstellung des Tatbestands und dem Bewußtsein des Verbotenseins; als Umkehrung folgt der Tatsachen- und der Rechtsirrtum. Ergibt sich bei richtiger rechtlicher Würdigung des vom Täter vorgestellten Sachverhalts, daß sein Tun entgegen der Meinung des Täters verboten ist, so liegt ein Rechtsirrtum vor; wäre aber die Tat erlaubt, wenn der Sachverhalt so läge, wie der Täter ihn sich vorstellt, so handelt es sich um einen Tatirrtum. Den Rechtsirrtum darzustellen, ist die Aufgabe der folgenden Abhandlung. Er bildet den eigentlichen Irrtum im Strafrecht, da der Tatsachenirrtum sowie sonstige Irrtümer nur Quellirrtümer darstellen, die letzten Endes wieder im Rechtsirrtum ausmünden[6]). Gemäß obiger Betrachtungsweise gilt es also darzutun, ob das geltende und das kommende Strafrecht das Bewußtsein des Verbotenseins zum Vorsatz fordern, daraus ergibt sich dann die Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums.

B. Das geltende Recht.

I. Das geltende Strafgesetzbuch.

Das noch geltende Strafgesetzbuch von 1871 hat eine Begriffsbestimmung des Vorsatzes nicht getroffen. Dagegen hat der Irrtum in § 59 eine Regelung gefunden, wonach dem Täter bei Begehung der Tat die Unkenntnis von

[1]) H.M.: Köhler, S. 290; Kohlrausch, S. 7; Mezger, S. 305; Frank § 59, VII; Olshausen § 59 N. 7.
[2]) Köhler, S. 289; Frank § 59, VII; Allfeld, S. 175; Mezger, S. 306.
[3]) Kohlrausch, S. 7; Binding GS. 81/23; M.E. Mayer S. 316.
[4]) Allfeld, S. 175 Anm. 52.
[5]) Mezger, S. 304; Frank, § 59, II.
[6]) Siehe S. 19 der Arbeit.

Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören, oder die Strafbarkeit erhöhen, nicht zuzurechnen ist. Wohl wenige Paragraphen im gesamten deutschen Strafrecht haben eine derartig mannigfaltige, von einem bis ins andere Extrem gehende Auslegung erfahren. Dies wohl hauptsächlich daher, weil die Irrtumsfrage viel zu sehr als primärer Faktor in den Vordergrund gerückt wird[7]).

Nach der einen Ansicht sind unter den Tatumständen des § 59 nur die einzelnen Deliktsmerkmale zu verstehen, wobei es im einzelnen streitig ist, inwieweit diese auch in ihrer rechtlichen Struktur von der Vorstellungswelt des Täters erfaßt sein müssen. Am weitesten geht in dieser Beziehung die Auslegung (Liszt) [8]), die nur die richtige (nämlich so wie sie später der Richter unter das Gesetz subsummiert) Subsumtion der Tatsachen unter das Gesetz verlangt; gleichgültig ist dabei, ob der Täter weiß, daß er etwas Verbotenes getan hat. Nach der entgegengesetzten Ansicht (Binding) [9]) regelt § 59 den Tatsachenirrtum und den Rechtsirrtum in meisterhaft knapper Weise. Danach bedeutet „Tatumstände" alle wesentlichen Eigenschaften der Tat, wozu die Rechtswidrigkeit unbedingt auch gehört. Zwischen diesen beiden Ansichten finden sich noch eine Unmenge von Meinungen, die das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nach § 59 mit den verschiedensten Begründungen bejahen oder verneinen oder durch eine Zwischenlösung dem geltenden Strafgesetzbuch gerecht zu werden glauben.

Festzustellen ist jedenfalls, daß man aus § 59 nicht auf ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Bestandteil des Vorsatzes folgern kann. Denn die Rechtswidrigkeit stellt ein Urteil vom juristischen Standpunkt über den Gesamttatbestand dar; damit kann sie logischer Weise nicht gleichzeitig ein Tatbestandsmerkmal dieses Gesamttatbestandes sein[10]). Gegen die Annahme des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit als Vorsatzelement spricht auch, daß es bei allgemeiner Gültigkeit dieses Satzes nicht verständlich erscheint, wenn für einzelne Delikte dieses Erfordernis im geltenden Strafgesetzbuch noch eigens aufgestellt ist[11]). Andererseits ist vom Standpunkt des geltenden Rechts aber festzustellen, daß die gewollte Verwirklichung des Deliktstatbestandes allein den Vorsatz nicht ausmachen kann. Das wäre eine völlige Preisgabe des Schulderfordernisses überhaupt und bedeutete Rückkehr zur Erfolgshaftung. Was aber zur vorsätzlichen Verwirklichung des Tatbestandes noch hinzutreten muß, damit dem Täter ein Schuldvorwurf zu machen ist, darüber besagt das geltende Strafgesetzbuch nichts.

Vor der näheren Betrachtung der Stellungnahme des Reichsgerichtes und der Literatur zum Rechtsirrtum im geltenden Recht, seien noch die bereits erwähnten Sonderfälle vorweg genommen, bei denen das Wort „rechtswidrig" ausdrücklich im Deliktstatbestand hervorgehoben ist (z.B. in den §§ 123, 127, 239, 246, 299, 303 und 356). Folgerichtig müßte man hier ein Tatbestandsmerkmal im Sinne des § 59 annehmen und daher in diesen Fällen zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordern. Jedoch ist die besondere Erwähnung als Deliktsmerkmal so willkürlich, daß eine Sonderstellung zu einer völlig ungerechten Verschiedenheit der Behandlung gleichartig gelagerter Fälle führen würde[12]). Sollte etwa derjenige, der denselben Jungen bei derselben Gelegenheit schlägt und einsperrt, weil er sich irrtümlich dazu berechtigt hält, wegen Freiheitsberaubung straflos, wegen Körperverletzung aber strafbar sein?[13])

---

[7]) Kohlrausch in Zschr. 1935, S. 388.
[8]) Liszt v., S. 167 ff.
[9]) Binding, Normen, Bd. 3, S. 309 und GS. 77/37; 81/19; 85/177.
[10]) Vgl. Dohna S. 18; Lucas, S. 73; Becker, S. 15.
[11]) Köhler, S. 304.
[12]) H.M.: vgl. Köhler, S. 301; (Allfeld, Binding, Hippel, Kohlrausch, Olshausen).
[13]) Allfeld, S. 167 Anm. 11.

II. Das Reichsgericht.

Das Problem des Rechtsirrtums ist eines der meist bestrittenen des ganzen geltenden Strafrechts. In der Auslegung des § 59 stehen sich insbesondere die Praxis des Reichsgerichts und die Anschauungen des größten Teils der Literatur schroff gegenüber. Schuld an dieser selten einmütigen Ablehnung durch die Literatur ist der sehr eigenartige Standpunkt, den das Reichsgericht in der Irrtumslehre vertritt, womit sich der maßgeblichste Träger des geltenden Rechts außerhalb des Gesetzes stellt. Das Reichsgericht legt den § 59 Abs. 1 dahin aus, daß er nur den Irrtum über Tatsachen im Auge habe[14]), dem der Irrtum über nicht dem Strafrecht angehörige Rechtssätze gleichzustellen sei[15]), daß er sich dagegen nicht beziehe auf den Irrtum über Sätze des Strafrechts; mit anderen Worten, daß der Täter sich auf § 59, I nur dann berufen könne, daß ein Vorsatz nur dann ausgeschlossen sei, wenn er infolge des Irrtums über eine Tatsache oder über einen nicht dem Strafrecht angehörigen Rechtssatz den Tatbestand des im einzelnen in Frage kommenden Delikts nicht für gegeben, seine Tat für erlaubt gehalten habe, daß dagegen Unkenntnis des Strafgesetzes (seines Bestehens oder seiner Auslegung oder Anwendbarkeit) dem Täter nicht zustatten komme. Hat der Täter die Tat in allen ihren tatsächlichen oder nicht strafrechtlichen Bestandteilen und Eigenschaften richtig erkannt, aber nicht gewußt, daß eine derartige Tat strafgesetzlich verboten ist oder hat er, weil er das ihm im allgemeinen bekannte Strafgesetz im einzelnen falsch und anders wie die jeweils herrschende Gerichtsmeinung auslegte und deshalb glaubte, sein Handeln falle nicht unter die gesetzliche Bestimmung, die Tat für erlaubt gehalten, also geglaubt, nichts Rechtswidriges und Verbotenes zu tun, so soll es so angesehen werden, als habe er das gesetzliche Verbot gekannt und richtig ausgelegt, sonach gewußt, daß er dem Gesetz zuwiderhandle. Das Reichsgericht steht demnach m.E. überhaupt nicht auf dem allerdings in vielen Urteilen hervorgehobenen[16]) Standpunkt, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, des Verbotenseins, nicht zum Vorsatz gehöre —, lehnt es doch selbst in den Fällen, in welchen dieses Bewußtsein infolge tatsächlichen oder nicht strafrechtlichen Irrtums fehlt, die Annahme vorsätzlichen Handelns ab — sondern es stellt in den Fällen strafrechtlichen Irrtums eine nicht widerlegbare Vermutung des dolus auf: da jedermann die Strafgesetze kennen und richtig auslegen muß, kann der Angeklagte mit der Behauptung, das Gesetz im einzelnen Falle nicht gekannt oder falsch ausgelegt zu haben, nicht gehört werden, es ist vielmehr so anzusehen, als habe er es gekannt und richtig ausgelegt, als sei er sich also des Verbotenseins seiner Handlung bewußt gewesen[17]). Angeblich ist es die Staatsnotwendigkeit, die Rücksicht auf die Staatssicherheit, die dazu zwingt, eine so weitgehende Dolusvermutung aufzustellen. Ob dies zutrifft, wird später bei der Betrachtung der Stellungnahme der Literatur zum Rechtsirrtum zu untersuchen sein, wo Lucas als m.W. einziger bekannter Vertreter den Standpunkt des Reichsgerichts mit diesem Argument zu verteidigen sucht[18]). Jedenfalls aber ist nicht zu leugnen, daß diese Rechtsprechung des Reichsgerichts zu unbilligen, dem Rechtsempfinden zuwiderlaufenden Ergebnissen führt, ganz abgesehen davon, daß die Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und nicht strafrechtlichem Irrtum auf sehr schwankendem Boden steht, was selbst von ihrem Vertreter Lucas nicht bestritten wird. Abgesehen davon, daß diese Trennung des Rechtsirrtums in strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen, im geltenden Recht nirgends als gewünscht angedeutet wird[19]), ist die Unterschei-

[14]) RG. 12/340; 19/179; 39/316; 52/84; 61/429.
[15]) RG. 4/233; 23/374; 36/158; 43/23; 45/381; 46/25, 56/22, 56/385, 57/15, 58/247; 59/255; 60/69; 60/298; 60/357.
[16]) RG. 20/180; 37/139; 40/321; 41/331; 48/128; 54/161, 55/96, 57/404.
[17]) LZ. 1918, S. 806.
[18]) Siehe S. 6 dieser Arbeit.
[19]) Köhler, S. 299.

dung innerlich nicht gerechtfertigt[20]). Es ist absolut nicht einzusehen, warum der Rechtsirrtum über Selbsthilfe entschuldigen soll, der über Notwehr nicht, nur weil das erstere Institut im bürgerlichen Gesetzbuch, das zweite auch im Strafgesetzbuch seine Regelung gefunden hat. Für die Bewertung der Schuld liegen die beiden Fälle des Rechtsirrtums völlig gleich, erfordern also auch gleiche Behandlung. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts gestaltet sich also die Rechtslage beim Irrtum des Täters folgendermaßen: hält der Täter seine Tat infolge tatsächlichen oder außerstrafrechtlichen Irrtums für erlaubt, so handelt er nicht vorsätzlich und bleibt, mag sein Irrtum auf noch so grober Fahrlässigkeit beruhen, straffrei, wenn nicht eine Straftat in Frage steht, deren fahrlässige Begehung unter Strafe gestellt ist (§ 59, II); hält er aber die Tat für erlaubt, weil er über einen strafrechtlichen Begriff irrt, oder irgend eine von den vielen Tausenden von Vorschriften nicht kennt, so trifft ihn die volle Strafe vorsätzlichen Handelns, mag er sich noch so sehr bemüht haben, den richtigen Sinn der ihm vielleicht bekannten Vorschrift zu erforschen und mag deren Auslegung vielleicht sogar dem höchsten Gerichtshofe tagelanges Kopfzerbrechen verursacht haben[21]). — In der Durchführung ferner ist der Standpunkt des Reichsgerichts unsicher und willkürlich[22]), weil das Reichsgericht häufig auch außerstrafrechtlichen Irrtum für Strafrechtsirrtum erklärt mit der Begründung, das Strafgesetz nehme auf andere Gesetze Bezug. Wann dies aber nach Reichsgericht geschieht, und wann nicht, das ist unberechenbar[23]).

Das Reichsgericht fordert angeblich, d.h. nach seinen eigenen Urteilsbegründungen[24]), das Bewußtsein der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit dann zum Vorsatz, wenn das Wort „rechtswidrig" oder ein gleichbedeutender Ausdruck in den gesetzlichen Tatbestand aufgenommen ist[25]). Es könnte allerdings zunächst so erscheinen, wenn das Reichsgericht sagt: „Ist in dem gesetzlichen Tatbestand Rechts- oder Pflichtwidrigkeit aufgenommen, so hat dies die Bedeutung, der Aufstellung eines Merkmals eines äußeren Tatbestandes. Rechts- oder Pflichtwidrigkeit tritt dann als gesetzliches Tatbestandsmerkmal neben die übrigen Merkmale des äußeren Tatbestandes. Das hat die Folge, daß nach der inneren Tatseite dem Täter auch das Bewußtsein von der Rechts- oder Tatwidrigkeit nachgewiesen werden muß." Aus dieser nur theoretisch gelegentlich von ihm aufgestellten Forderung zieht aber auch das Reichsgericht praktisch keine Folgerungen[26]). Es behandelt diese Fälle nicht anders als andere[27]). So schreibt das Reichsgericht in einem diesbezüglichen Urteil[28]) betreffend § 356 StGB.: „Wie bei den übrigen Merkmalen, so ist auch bei dem Merkmal der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit ein Irrtum nur dann erheblich, wenn er unter § 59 fällt, also ein reiner Tatsachenirrtum ist oder sich als ein Rechtsirrtum darstellt, der einem anderen Rechtsgebiet als dem Strafrecht angehört". Jener Satz, daß das Reichsgericht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit dann ausnahmsweise fordere, wenn das Merkmal „rechtswidrig" im gesetzlichen Tatbestand stehe, wird also, so hartnäckig er fortgeschleppt wird, und obwohl das Reichsgericht ihn regelmäßig aufstellt, ausnahmsweise von seiner eigenen Judikatur verlassen.

Wenn man sich vergegenwärtigt, daß der wissenschaftlich wie praktisch unhaltbare Standpunkt des Reichsgerichts zu großen Unbilligkeiten führt, so

---

[20]) Deutsche Justiz Bd. 97, S. 1245 (Gürtner); Bülow, GS. 59/4; Oetker in Frank, Handb. S. 1339.

[21]) Becker, S. 12.

[22]) Köhler, S. 299; Hippel, II, S. 344.

[23]) RG. 10/234; 26/314; 45/381; 57/15; 57/235; Köhler, S. 299 ff.

[24]) RG. 8/107; 12/194; 19/87; 20/393; 326/265; 37/139, 49/140, 51/12, 53/84, 58/249.

[25]) Siehe S. 2 der Arbeit.

[26]) Kohlrausch, S. 72 ff.

[27]) Vgl. RG. 4/328; 5/304; 19/209; 19/298; 20/393; 25/150, 32/414, 58/247, 62/296.

[28]) RG. 58/247.

erscheint es nicht verwunderlich, daß die unteren Gerichte dem Reichsgericht nicht zu folgen vermögen. Ein hoher Prozentsatz der an das Reichsgericht herantretenden Revisionen betrifft daher den Rechtsirrtum[29]) wofür nur dessen willkürliche Scheidung und Behandlung verantwortlich gemacht werden kann. Schon allein dieser Mißstand entzieht einer Kritik, die den Standpunkt des Reichsgerichts trotzdem als „gerecht"[30]) oder gar „dem gesunden Volksempfinden entsprechend"[31]) verteidigen will, jede Grundlage, mag man im übrigen die etwas umständliche Konstruktion des Reichsgerichts, die zwar das Unrechtsbewußtsein positiv verlangt, aber aus seinem Fehlen keine oder die nur sehr beschränkten Konsequenzen im Rahmen des § 59 zieht, beurteilen, wie man will.

III. Die Literatur.

So einheitlich die Literatur in der Ablehnung des reichsgerichtlichen Standpunktes ist, so verschieden sind die Ansichten über die Auslegung des § 59 StGB. und die Ausgestaltung des Rechtsirrtums im geltenden Recht. Neben einigen Sonderansichten lassen sich die Meinungen in der Literatur in drei Gruppen zusammenfassen[32]). Die größte Gruppe von Schriftstellern fordert zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit[33]) oder Pflichtwidrigkeit (oder ähnliche Formulierungen wie Unsittlichkeit, Sozialschädlichkeit usw.)[34]). Eine andere Gruppe erklärt die Möglichkeit solchen Bewußtseins mit dem geltenden Strafgesetzbuch allein vereinbar[35]). Eine dritte Ansicht hält den Rechtsirrtum für unbeachtlich[36]). Zu einer übersichtlichen Darstellung des Problems kommt man, wenn man die dem geltenden Recht unbekannten Schuldformen „Bewußtsein" und „Möglichkeit des Bewußtseins" auf die gegebenen Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit zurückführt[37]). Es ergibt sich daher folgende Dreiteilung: a) vorsätzlich, b) fahrlässig und c) schuldlos rechtswidriges bzw. pflichtwidriges Handeln.

Bei der nun folgenden Einzelbetrachtung wird vorausgesetzt, daß der Täter die Tatsachen und die gesetzlichen Deliktsmerkmale vorsätzlich verwirklicht.

a) Schuldlos rechtswidriges Handeln.

Wenige Meinungen in der Literatur[38]) wollen nach geltendem Recht den Täter schon dann wegen Vorsatzes bestrafen, wenn er nur die Tatbestandsmerkmale vorsätzlich verwirklicht hat, die Rechtswidrigkeit seiner Tat jedoch nicht kannte und auch nicht kennen konnte. Dieser Auffassung der Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums muß in erster Linie ihre grenzenlose Unbilligkeit entgegengehalten werden. „Stellt man sich nicht auf den Standpunkt der Schicksalstragödie, so versagt gegenüber der schuldlosen Nichtbeachtung einer unter Strafschutz gestellten Rechtsnorm jedes Strafmotiv"[39]) des bisherigen Rechts. So erklärt auch die herrschende Ansicht den schuldlosen Rechtsirrtum für straflos. Denn die Bestrafung wäre keine Schuldhaftung, sondern bloße Erfolgshaftung, die schon dem geltenden Recht grundsätzlich widerspricht und ebenso ungerecht wie unzweckmäßig wäre. Sowohl vom Standpunkte der Vergeltung wie der Prävention wäre die Bestrafung schuldlosen Rechtsirrtums

[29]) Freisler, Denkschr. S. 82.
[30]) Schmidt-Leichner, S. 2.
[31]) Kohlrausch, Zschr. 1936, S. 90, siehe S. 15 d. Arb.
[32]) Hippel, II, S. 341 (dort ausführliche Zitate, daraus unten Anm. 33, S. 13 Anm. 1—3); siehe auch Zit. bei Frank, § 59, III.
[33]) Allfeld, S. 163; Beling, S. 43; Binding, Normen, II, u. III; Gerland, S. 130; Olshausen § 59, Nr. 30; Sauer, S. 600; Mezger, S. 331 u.a.
[34]) Dohna, GS. 65/320; Frank, § 59 III, 2.
[35]) Hippel, II, S. 347; M. E. Mayer, S. 258.
[36]) Köhler, S. 295; Liszt, S. 172.
[37]) Hippel, II, S. 346.
[38]) Köhler, S. 295; Liszt, S. 172.
[39]) Seuffert, zit. bei Beling, Unschuld, S. 23, Anm. 1.

sinnlos. Denn zu vergelten ist hier nichts und Verhütung ist auch unmöglich, weil niemand schuldloses Unrecht vermeiden kann. Ein Gesetz, das den anständigen, um die Erfüllung seiner Pflichten besorgten Untertanen ebenso bestraft wie den schuldhaften Rechtsbrecher, dient nicht der Wahrung der Rechtsordnung, sondern schädigt deren Ansehen und vergewaltigt Unschuldige[40]). Beling[41]) bemerkt hierzu treffend: „daß die Rechtspflege nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck ist, und daß ein feiner entwickeltes Recht die Rechtspflege demnach nicht über die Gerechtigkeit, das formale Recht nicht über das materielle stellen darf". — Bemerkenswert ist schließlich noch die Feststellung, daß die Vertreter dieser Theorie, Köhler und Liszt, de lege ferenda einen anderen Standpunkt einnehmen[42]). So fordert z.B. Liszt[43]) de lege lata zum Vorsatz Subsumtion der Tatsachen unter das Gesetz, aber kein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Für das künftige Recht dagegen verlangt er das Bewußtsein der sozialen Schädlichkeit.

Im Anschluß an die Theorie der Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums verdient besondere Beachtung die Meinung, die nur den außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum für beachtlich erklärt, den strafrechtlichen jedoch für unbeachtlich hält[44]). Dieser Auffassung kommt deshalb Bedeutung zu, weil sie als Ansicht des Reichsgerichts[45]), dessen Standpunkt wissenschaftlich zu begründen versucht. Der Hauptvertreter der Theorie ist Lucas[46]). Er begründet seine Meinung vor allem damit, daß durch die Berücksichtigung des Strafrechtsirrtums die Sicherheit des Staates in Frage gestellt wird. Weiterhin führt Lucas an, daß die Strafrechtsgüter eines absoluten Schutzes bedürfen. Da die objektive Beeinträchtigung mit oder ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit die gleiche ist, kann es nicht auf die psychische Einstellung des Täters zur Tat ankommen. — Diesem letzten Vorbringen kann, wie schon oben bei der Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums überhaupt[47]), vor allem seine beispiellose Unbilligkeit vorgeworfen werden. Die Forderung des absoluten Schutzes der Strafrechtsgüter bedeutet nichts anderes wie Rückkehr zu der vom geltenden Recht grundsätzlich abgelehnten Erfolgshaftung. Die Staatssicherheit könnte empfindlich gestört werden, wenn der einzelne Staatsbürger Strafen wegen Handlungen, die ihm auf keinen Fall zum Vorwurf gemacht werden können, verbüßen muß. Der Einwand der Staatssicherheit, den Lucas für seine Theorie ins Treffen führt, stellt sich somit als eine Waffe heraus, die sich gegen ihren eigenen Urheber wendet. Selbst wenn das Argument der Staatssicherheit richtig wäre, so würde es doch für die Richtigkeit einer Einteilung des Rechtsirrtums in strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen nichts beweisen.

b) Vorsätzlich rechtswidriges Handeln.

Als zweifelsfrei ist jedenfalls festzustellen, daß, wer sich bewußt in feindlichen Gegensatz zum Recht stellt, unbedingt vorsätzlich handelt. Zu untersuchen ist jedoch hier, ob vorsätzlich rechtswidriges Handeln, also das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nach geltendem Recht zum Vorsatz erforderlich ist. Die Bejahung dieser Frage wird von den einzelnen Vertretern verschieden begründet, erfolgt aber letzten Endes immer wieder vom Standpunkt der Gerechtigkeit. Denn aus dem Wesen der Schuld und den Zwecken der Strafe ergibt sich notwendig das Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit. Die vorsätzliche Tatbestandserfüllung verdient dann keine Strafe, wenn der Täter sich nicht auch der Unerlaubtheit seiner Handlung bewußt war und die Strafe ist jedenfalls immer ohne Sinn, wenn der Täter sein Handeln für recht-

---

[40]) Hippel, II, S. 349, Anm. 6.
[41]) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 180 ff.
[42]) Köhler, S. 309; Liszt, S. 167.
[43]) Liszt, S. 167.
[44]) Lucas, Die subjekt. Verschuldung.
[45]) Siehe oben S. 3 der Arbeit.
[46]) Lucas, Die subjekt. Verschuldung.
[47]) Siehe oben S. 5 der Arbeit.

mäßig gehalten hat[48]). So berechtigt aus diesem Grunde die Forderung des Bewußtseins zum Vorsatze ist, so läßt sie sich doch aus zwingenden Gründen der Rechtssicherheit mit dem geltenden Strafgesetzbuch nicht vereinbaren. Denn in jedem Zweifelsfalle müßte dem Täter nachgewiesen werden, daß er bewußt, d.h. vorsätzlich rechtswidrig gehandelt hat. Das praktische Ergebnis wäre somit, falls jenes Bewußtsein im Einzelfalle nicht nachweisbar ist, höchstens Verurteilung wegen Fahrlässigkeit, meist jedoch Freisprechung, da Fahrlässigkeit nur ausnahmsweise bestraft wird. Der Gerechtigkeit wäre somit auch nicht besser gedient als mit dem entgegengesetzten Prinzip, das unzählige unbillige Verurteilungen zur Folge hat. — Zu berücksichtigen ist weiterhin, daß bei dem Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit dem Täter letzten Endes sein Verhalten deshalb zum Vorwurf gemacht wird, weil er sich durch die Furcht vor den Rechtsfolgen nicht hat abschrecken lassen, er mag von der Verwerflichkeit seines Tuns durchdrungen gewesen sein, da aber diese verletzte Pflicht keine rechtliche Anerkennung seitens des Staates gefunden hat, kann ihm aus seinem Verhalten kein rechtlicher Vorwurf gemacht werden[49]). Aus diesem Grunde wurde auch schon in der Zeit des Liberalismus gegen diese Theorie eingewandt, daß die Rechtsgebote im Vorstellungsleben des Menschen keine Zentralstellung einnehmen. „Die Juristen sind nur zu geneigt, das Seelenleben der anderen Menschen nach ihrem eigenen zu beurteilen und unbeachtet zu lassen, daß das Strafgesetz in den Gedankenreihen der Nichtfachgenossen weder mit gleicher Deutlichkeit noch mit gleichem Gewicht sich geltend macht"[50]). Dieses letzte Argument gegen die Lehre, die den Vorsatz lediglich auf das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit abstellt, führt zur Untersuchung des vorsätzlich p f l i c h t w i d r i g e n Handelns. Die Vertreter dieser Theorie gehen vielfach von der Formel Jellineks: „Das Recht ist das ethische Minimum" aus[51]). Nach dieser Auffassung fußt die Rechtsordnung auf dem Sittenkodex; sie stattet einen Teil der Sittennormen mit dem Zwang des Rechts aus, wobei für die Auswahl zur Rechtsnorm lediglich „Zweckmäßigkeitsgründe" maßgebend sind. In erster Linie kommt für den Staatsbürger die Norm als sittliche in Betracht, verstößt ein Täter bewußt gegen die sittliche Norm, so ist seine Schuld und die Verwerflichkeit seiner Handlung dieselbe, ob das Recht nun die in Frage kommende sittliche Norm zur Rechtsnorm gestaltet hat oder nicht. Die Theorie befriedigt der Form nach praktisch insofern, als sie dem wirklichen Leben gerecht werden könnte, sofern sie inhaltlich von völkischer Sittenauffassung durchdrungen wird. De lege ferenda hat daher die Theorie größte Bedeutung, wie bei der Betrachtung des nationalsozialistischen Strafrechts näher darzulegen ist. De lege lata ist jedoch dieses Abstellen auf das Sittenelement unhaltbar. Wie sich bei der Behandlung der Lehre der Rechtswidrigkeit ergab, scheiterte diese nach dem geltenden Strafgesetzbuch an der schweren Nachweisbarkeit des Vorsatzes. Auch die Forderung des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit würde aus dem gleichen Grund massenhafte Freisprüche bzw. laxe Handhabung des dolus eventualis zur Folge haben. Das Hauptargument gegen die Forderung der vorsätzlichen Pflichtwidrigkeit liegt jedoch darin, daß der Begriff Pflichtwidrigkeit viel zu unbestimmt ist, d.h. er war es im zweiten Reich und im Weimarer Zwischenreich, der Zeit des noch geltenden Strafgesetzbuches. Denn die Vielheit der politischen Anschauungen ließ keinen einheitlichen Wertmaßstab der sittlichen Anschauungen entstehen. Erst die nationalsozialistische Weltanschauung schuf eine gemeinsame Basis für die Bildung einer dem ganzen deutschen Volke eigenen Sittenordnung. Dennoch kann man auch heute noch nicht auf die Pflichtwidrigkeit generell abstellen. Zwar kommt es für das praktische Rechtsleben meist viel weniger darauf an, was mit Worten und Buchstaben in einem

[48]) Becker, S. 15.
[49]) Becker, S. 16.
[50]) Vgl. Köhler, S. 310; Köhler, Die Unkenntnis des Verbots, LZ. 1920, S. 16; Becker, S. 16; GS. Heinze 1861, S. 407.
[51]) Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, S. 45.

Gesetzestext ausgedrückt ist, sondern auf den Geist, der das Gesetz zusammenhält. Jedoch die nationalsozialistische Weltanschauung läßt sich einfach nur bis zu einer bestimmten Grenze in den starren Rahmen des formell vorerst noch geltenden Strafgesetzbuches pressen. Diese durch die Forderungen der Aufklärung gekennzeichnete Rechtsordnung mit ihrer scharfen Trennung von Staat und Gesellschaft, von Recht und Moral, bestraft aber nur rechtswidriges Verhalten[52]) und gewährt einem Schuldvorwurf der Pflichtwidrigkeit keine Stütze[53]).

c) Fahrlässig rechtswidriges Handeln.

Wir haben oben[54]) festgestellt, daß de lege lata das Bewußtsein der Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit kein Erfordernis zum Vorsatz ist. Vom Standpunkt der geltenden Schuldauffassung ist ebenso zweifellos[55]), daß der Täter straffrei ausgeht, wenn ihn in concreto gar kein Schuldvorwurf trifft. Zu untersuchen bleiben also noch die Fälle, in denen dem Täter zwar das Bewußtsein der Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit seiner Handlung fehlt, man ihm aber gerade dieses Fehlen zum Schuldvorwurf machen will. Hippel[56]) bezeichnet es als „allein gerecht und zweckmäßig, daß derjenige bestraft wird, der vorsätzlich ein Delikt beging und sich dabei um die Rechtsordnung nicht kümmerte, obwohl er dies sollte und konnte. Ein Gesetzgeber, der auf diese voll berechtigte Forderung verzichten wollte, würde die Wirksamkeit seiner eigenen Rechtsordnung auf das Schwerste gefährden". Schon aus diesen rein sachlichen Gründen der Rechtssicherheit geht hervor, daß man den schuldlos und den fahrlässig rechtswidrig handelnden Täter nicht gleichsetzen darf. Denn gegen letzteren ist der Schuldvorwurf begründet und daher Strafe am Platze. Es erhebt sich aber nun die Streitfrage, ob man diese bezüglich der Verwirklichung des Tatbestandes schon vorsätzlichen Delikte nun wegen ihrer fahrlässig rechtswidrigen Begehung zu fahrlässigen Verbrechen stempeln will[57]). Eine Bestrafung wäre also nur bei denjenigen Delikten möglich, die auch sonst als fahrlässige strafbar sind. Dem gegenüber ist festzustellen, daß die Straffreiheit in einer für die geordnete Rechtspflege unerträglichen Weise ausgedehnt würde, wenn man bei den reinen Vorsatzdelikten alle Täter straffrei lassen würde, die über die Rechts- oder Pflichtwidrigkeit ihrer Handlung fahrlässig irren. Dazu ist im geltenden Recht die Auswahl der Delikte, die auch bei fahrlässiger Begehung strafbar sind, viel zu gering und auch unter ganz anderen Gesichtspunkten erfolgt. Daß aber dem Täter ein Schuldvorwurf zu machen ist und er deshalb nicht in allen Fällen straffrei ausgehen darf, wurde oben festgestellt. Daraus folgt nun zwingend die Notwendigkeit, die Fälle fahrlässigen rechtswidrigen Handelns mit unter den Vorsatzbegriff zu stellen[58]) (stets unter der Voraussetzung, daß der Deliktstatbestand vorsätzlich erfüllt wird). Dieser Standpunkt hat auch in der Literatur starke Zustimmung gefunden[59]). Ein Zweifel ist jedoch noch klarzustellen: dem fahrlässig rechtswidrig handelnden Täter wird die Unkenntnis der Rechtswidrigkeit zum Vorwurf gemacht. Dagegen besteht die Schuld des vorsätzlich rechtswidrig handelnden Täters in seiner bewußt feindlichen Gesinnung gegen Recht und Moral. Beide werden wegen Vorsatzes bestraft. Um eine ungerechte Benachteiligung des fahrlässig rechtswidrigen Täters, dem zweifellos der geringere Schuldvorwurf zu machen ist, zu vermeiden, muß generell eine ganz wesentliche Strafmilderung Platz greifen.

---

[52]) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 183; Hippel, II, S. 347; Sauer, S.600 und Oetker, GS. 72/167. RG.

[53]) Beling, Grundzüge, S. 46; vgl. S. 16 der Arbeit.

[54]) Siehe S. 6 der Arbeit.

[55]) Siehe S. 5 der Arbeit.

[56]) Hippel, II, S. 348.

[57]) Binding, GS. 87/121 ff.

[58]) Hippel, II, S. 348.

[59]) Hippel, II, S. 350, dort weitere Zitate: Köhler, LZ. 1920, S. 27; Rümelin, Zschr. 41/495; Dohna, Recht und Irrtum, S. 17; Mayer, S. 321; Lobe, DJZ. 1912, S. 1489 usw.

IV. Zusammenfassung.

Abschließend läßt sich die Stellung des geltenden Rechts zum Rechtsirrtum in folgende drei Punkte zusammenfassen:

1) Das Strafgesetzbuch trifft keine Regelung.
2) Das Reichsgericht fordert zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit:
   a) bei außerstrafrechtlichen Rechtssätzen — stets.
   b) bei strafrechtlichen Rechtssätzen — nie. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist willkürlich, weltfremd und auf das Heftigste bestritten.
3) In der Wissenschaft werden die verschiedensten Ansichten vertreten. Dem Geist und dem Wortlaut des geltenden Strafgesetzbuchs wird am besten noch die weitgehend anerkannte Richtung gerecht, welche die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit als Vorsatzerfordernis vertritt.

C. Das kommende Recht.

Das geltende Strafgesetzbuch hat zu den Fragen des Rechtsirrtums keine Stellung genommen und damit eine heillose Verwirrung angerichtet und Rechtsunsicherheit verursacht. In Anbetracht dieses Übelstandes war für den Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches eine Regelung dieser Probleme dringend geboten.

I. a) Das kommende Recht verlangt das „Bewußtsein" Unrecht zu tun als Vorsatzelement.

Schon bei der Behandlung des geltenden Rechts wurde festgestellt[60]), daß die gewollte Verwirklichung des Deliktstatbestandes allein den Vorsatz nicht ausmachen kann. Das wäre Erfolgshaftung und völlige Preisgabe des Schulderfordernisses. Die gleiche Bestrafung des abgebrühtesten Schwerverbrechers und des zufälligen Verstoßes eines Ehrenmannes gegen eine ihm unbekannte Rechtsnorm wären die unbillige Folge und der Gipfel der Ungerechtigkeit. Aus diesem Grunde forderte schon ein großer Teil der Literatur de lege lata das Bewußtsein des Verbotenseins zum Vorsatz. Aber mit dem Strafgesetzbuch von 1871 ließ sich das Bewußtsein des Verbotenseins als Vorsatzelement nicht vereinbaren. So erkannten wir bei der Betrachtung des geltenden Rechts, daß die Möglichkeit des Bewußtseins als Kompromiß zwischen Literatur und Gesetz eine einigermaßen gerechte Lösung darstellt. Für das kommende Strafgesetzbuch kann daher die Regelung des Problems nicht zweifelhaft sein; es wird die gerechte Forderung erfüllen, die de lege ferenda von nahezu der ganzen Literatur gestellt wurde, und das Bewußtsein des Verbotenseins zum Element des Vorsatzes erklären. Denn die nationalsozialistische Bewegung weiß am besten, welche große Bedeutung dem Willen zukommt. Der Emporstieg der NSDAP., die Erringung der Macht, die Schaffung eines Volkes, die Bildung des Einheitsstaates und das Emporblühen des neuen Deutschlands sind alles Werke und „Triumpfe des Willens"[61]). Diese Erkenntnis, welch Gewaltiges ein Aufbauwille, der Wille zum Guten, zu leisten vermag, läßt andererseits die Gefahr erkennen, welche ein Zerstörungswille, der Wille zum Schlechten, bedeutet. Nicht den einzelnen, zufälligen und unbewußten Störer, sondern den Typus des Verbrechers, der Verbotenes tut, weil er es will, gilt es daher zu erfassen, denn nur von ihm ist auch zu erwarten, daß er bei nächstbester Gelegenheit wieder bewußt ähnlich handelt. Das kommende Strafrecht wird daher ein vollendetes Willensstrafrecht, „Kampf dem verbrecherischen Willen", die Grundeinstellung des neuen Strafgesetzbuches sein. Da ein Wille immer das Bewußtsein des Gewollten voraussetzt, folgt daraus die Forderung des Unrechtsbewußtseins zum Vorsatz. Unverständlich ist daher m.E. die Kritik, die behauptet, es könne nicht zugegeben werden, daß das Prinzip des Willensstrafrechts dazu führe, zum

---

[60]) Siehe S. 5 dieser Arbeit.
[61]) Vgl. Gleispach, Deutsche Justiz, 1935, S. 7.

Vorsatz das Unrechtsbewußtsein zu fordern, denn die Gefährlichkeit des Täters, die das Willensstrafrecht erfassen will, sei zwar durch das Unrechtsbewußtsein gesteigert, aber nicht von ihm bedingt[62]). Dem kann nur nochmals die logische Selbstverständlichkeit entgegengehalten werden, daß man von einem Willensstrafrecht ja überhaupt nur im Bereiche der Friedensstörungen sprechen kann, die bewußt vorgenommen werden[63]). Für den Vorsatz erhält somit die Kampfansage des kommenden Strafrechts ihre volle innere Berechtigung erst dann, wenn sie nicht einem mehr formal als Kennen der äußeren Tatumstände gefaßten Willen gilt, sondern einem Willen, der von dem Bewußtsein getragen ist, etwas Verbotenes zu tun. Dies zielt nicht etwa ab auf ein künftiges Gesinnungsstrafrecht. Denn auch das Willensstrafrecht der Zukunft fordert eine Betätigung des verbrecherischen Entschlusses in der Welt der äußeren Wirklichkeit. Erst durch eine Entäußerung wird der Wille zum Vorsatz[64]). Demgemäß schlägt die amtliche Strafrechtskommission folgenden Vorsatzbegriff vor: „Vorsätzlich handelt, wer die Tat mit Wissen und Willen begeht und sich dabei bewußt ist, Unrecht zu tun . . . — oder gegen ein Gesetz zu verstoßen."[65]). Bei der kritischen Betrachtung der Meinungen des geltenden Rechts haben wir jedoch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, Pflichtwidrigkeit usw., kurz des Verbotenseins als Vorsatzerfordernis vor allem auch aus prozessualen Gründen ablehnen müssen[66]). Denn der Nachweis der vorsätzlichen Rechtswidrigkeit könnte in der Praxis oft nicht erbracht werden. Dies hätte, da Fahrlässigkeit nur ausnahmsweise strafbar ist, ungerechte Straflosigkeit oder wenigstens eine gekünstelte Ausdehnung des dolus eventualis zur Folge.

b) Beweisschwierigkeiten werden behoben.

Diesem Mangel, der bei Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Unrechtbewußtseins zutage treten würde, begegnet der Entwurf in zweifacher Weise. Einmal

1) durch eine Erweiterung des dolus eventualis beim bewußt rechtswidrigen Handeln auf Kosten der bewußten Rechtsfahrlässigkeit, um deren krasseste Fälle der schwereren Schuldform zu unterstellen. Dies geschieht, indem die bisher herrschende Abgrenzung im Sinne der Einwilligungstheorie etwas hinausgeschoben wird durch den Satz: „Vorsätzlich handelt auch, wer es zwar nur für möglich hält, aber doch in Kauf nimmt, daß er den Erfolg herbeiführt und damit Unrecht tut oder gegen ein Gesetz verstößt."[67]).

2) Vor allem aber beseitigt der Entwurf evtl. Beweisschwierigkeiten dadurch, daß er der auch weiterhin bzw. erst recht dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters anvertrauten Beweiswürdigung für Zweifelsfälle die Vorsatzvermutung zur Seite stellt: „Unbeachtlich ist ein Irrtum, der auf einer Einstellung des Täters beruht, die mit der gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht unvereinbar ist."[68]). Diese Richtschnur für das Gericht schränkt die Bedeutung der Aufnahme des Rechtswidrigkeitsbewußtseins in den Vorsatz in glücklichster Weise ein und schafft so das vollendete Willensstrafrecht für die Praxis. Der Haupteinwand gegen die Theorie, die das Bewußtsein des Nichttun-Dürfens fordert, nämlich, daß dem Täter die Ausflucht, er habe an das Rechtmäßige seines Tuns geglaubt, geradezu präsentiert werde, und ihm das Gegenteil schwer nachzuweisen sei, verliert mit der Regelung im kommenden Strafrecht somit seine Berechtigung. Denn der Vorsatz des Täters wird auch dann angenommen, wenn seine Anschauungen über Recht und Unrecht von denen, welche die nationalsozialistische Volksgemeinschaft fordern muß,

---

[62]) DJZ. 1934, S. 1307.
[63]) Gürtner, Das kommende Strafr., S. 15.
[64]) Vgl. Schaffstein, Zschr. 1936, S. 34.
[65]) Gürtner, Das kommende Strafr., S. 70.
[66]) s. S. 7 der Arbeit.
[67]) Vgl. Entscheidung des RG. vom 19.3.36, abgedruckt Deutsche Justiz, 1936, S. 609; Gürtner, Das kommende Strafrecht, S. 61.
[68]) Gürtner, Das kommende Strafr., S. 70.

abweichen. Das Gleiche gilt für den Einwand, daß der Täter bei Vornahme der Handlung diese nicht nur für erlaubt, oder unerlaubt halten kann, sondern er sich auch gar nichts darüber vorstellen kann. Diese Kritik begründet von Weber[69]) besonders auch damit, daß die Vorsatzformulierung im neuen Recht eine positive Vorstellung über die Rechtswidrigkeit fordere, und er folgert daraus, daß bei Mangel jeder Vorstellung über die Erlaubtheit der Tat kein Vorsatz gegeben ist. Demnach würde sich der Angeklagte in Zukunft auch darauf zurückziehen können, daß er bei der Tat eben nichts gedacht habe. In dieser Richtung irre führen könnte auch der Satz Ernst Schäfers[70]): Fehlt bei dem im übrigen vorsätzlich Handelnden das Bewußtsein oder das Inkaufnehmen, Unrecht zu tun, so fehlt der Vorsatz überhaupt, und es kann keine Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung erfolgen, sondern nur wegen fahrlässiger Begehung, . . .". Dieser Satz, sowie der Einwand v. Webers hat jedoch nur insoweit Berechtigung, als nicht die Klausel entgegensteht, daß ein Irrtum unbeachtlich ist, der eine Einstellung des Täters verrät, die mit der gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht unvereinbar ist. Daß der Begriff Irrtum im Strafrecht nicht nur eng im Sinne einer „Falschvorstellung" aufgefaßt werden darf, sondern auch das „Nichtvorstellen" umfaßt, wurde schon bisher von der Literatur betont[71]). Frei von jeder gekünstelten Anklammerung an den Gesetzestext, will auch das künftige Recht nicht, daß bei volksfeindlichen Handlungen der Täter weniger bestraft würde, der sich über die Rechtmäßigkeit seines Tuns gar keine Gedanken macht, als derjenige, welcher glaubt, nichts Unrechtes zu tun. Das Gewicht liegt bei Betrachtung der Irrtumsklausel nicht auf dem Wort „Irrtum", sondern maßgebend ist vor allem die Einstellung des Täters gegen die Volksanschauung. Handeln beide, also der Täter, welcher sich keine Gedanken macht, und der andere, der glaubt nichts Unrechtes zu tun, volksfeindlich, so ist doch der Täter, ein nicht minder großer Volksschädling, dessen Gemeinschaftsgefühl überhaupt nicht anspricht, als der, dessen Gemeinschaftsgefühl unbewußt nicht dem des Volkes entspricht. Strafgrund ist zwar grundsätzlich nur die bewußte Begehung von Unrecht, muß aber im Interesse der Volkssicherheit ausnahmsweise auch Rechtsblindheit sein, sofern nur überhaupt die Fähigkeit besteht, schuldhaft zu handeln, also das Leben nach Rechtsnormen, nach Anforderungen, welche die Gesamtheit stellt, zu regeln[72]).

c) Das Korrektiv der Volksanschauung durchbricht, aber ersetzt nicht das Bewußtseinsprinzip.

Nicht begründet ist andererseits auch der Vorhalt, daß die Irrtumsklausel die praktische Verwirklichung des Willensstrafrechts gerade vereitle, da so dem Rechtswidrigkeitsbewußtsein des Täters jede selbständige Bedeutung genommen sei und durch ein objektives Moment, die gesunde ethische Volksanschauung, ersetzt werde, sonach nur „schuldhaft handelt, wer dem gesunden Volksempfinden zuwiderhandelt"[73]). Denn dem ist entgegenzuhalten, daß in erster Linie an den Richter die tatsächliche Feststellung herantritt, ob der Täter das Bewußtsein des Verbotenseins seines Tuns gehabt hat. Bei Verneinung dieser Frage ist erst weiterhin auf Grund der Beweisaufnahme tatsächlich festzustellen, ob ein Inkaufnehmen des Täters Unrecht zu tun vorliegt. Erst jetzt, bei Verneinung auch dieser Frage, greift das Werturteil des Richters Platz, ob der Irrtum, gemessen an der gesunden Volksanschauung beachtlich ist. Diesem, dem Richter, zur Schuldfeststellung beigegebenem Satz, daß ein mit der Volksanschauung unvereinbarer Irrtum unbeachtlich sei, wurde entgegengehalten, er stelle eine so weitgehende Fiktion des Unrechtsbewußtseins dar, wie es für ein modernes Strafrecht unmöglich sei[74]). Dagegen

[69]) Deutsches Strafr. 1936, S. 94/95.
[70]) Gürtner, Das kommende Strafr., S. 63.
[71]) Köhler, S. 290; Gerland, S. 134.
[72]) Kohlrausch in Zschr. 1936, S. 391.
[73]) Schmidt-Leichner, S. 154.
[74]) v. Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, S. 24.

muß festgestellt werden, daß es sich eigentlich nur bei verhältnismäßig seltenen Fällen um eine echte Fiktion handelt. Denn wie dem Richter bei der Entscheidung, so muß und wird auch dem einzelnen Volksgenossen die nationalsozialistische Weltanschauung im allgemeinen Richtschnur seines Handelns sein. Er lernt so, gleich dem Richter, die gesunde Volksanschauung kennen und wird ein Rechtsgefühl dafür gewinnen, was er demnach tun darf und was er zu unterlassen hat. Setzt er sich mit seinem Rechtsgefühl in Widerspruch, so ist er sich bewußt, daß er mit dem Wollen der Allgemeinheit in Konflikt gerät. Ist er in seinem Rechtsempfinden nicht ganz gefestigt und daher im Zweifel, ob ein Vorhaben im Rahmen des Rechten liegt und führt er dieses dennoch aus, so hat der Täter eben in Kauf genommen, gegen die Anforderungen der Volksgemeinschaft zu verstoßen. Gelingt es dem Richter nicht, dem Täter in diesen Fällen das geleugnete Bewußtsein bzw. Inkaufnehmen des Unrechten nachzuweisen, so bleibt ihm die Möglichkeit einer Bestrafung nach dem Irrtumssatz. Dieser Satz, der den mit der Volksanschauung unvereinbaren Irrtum bestraft, stellt also in diesen häufigen Fällen keine echte Vermutung dar, sondern er hilft dem Richter, das wirklich vorhandene Bewußtsein bzw. Inkaufnehmen festzustellen. Nur in den Fällen, in denen das Rechtsempfinden des Täters so abwegig oder abgestumpft ist, daß ihm nicht einmal Zweifel an der Rechtmäßigkeit seiner Tat auftauchen, erfüllt die Irrtumsklausel ihre Pflicht als eigentliche Vermutung. Denn als Pflicht vom Standpunkt der Gerechtigkeit stellt sich diese Aufgabe dann dar, weil sie diese der Volksgemeinschaft ebenso gefährlichen Täter den bewußten Rechtsbrechern gleichstellt. — In einer neueren Stellungnahme führt v. Weber[75]) selbst gegen seine früheren Bedenken der zu weitgehenden Vorsatzfiktion im kommenden Strafrecht noch an, daß die Rechtsgebiete, bei denen das Volksempfinden in sich selbst nicht gefestigt ist, sowie die Normen, die nicht auf ethischer Grundlage beruhen, sondern denen nur ordnende Funktion zukommt, von vornherein ausscheiden. — Letzten Endes darf der Vorwurf, die Irrtumsklausel hebe das Willensprinzip wieder auf, nicht übersehen, daß eine Durchbrechung des Prinzips „Kampf dem verbrecherischen Willen" notwendig ist, um durch Beseitigung von Beweisschwierigkeiten den Grundsatz für die Praxis verwendbar zu gestalten. Die Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums zu Gunsten der gesunden Volksanschauung stellt also eine Ausnahme von der Regel dar und bedarf schon aus diesem Grunde einer engen Auslegung. Man wird in dieser Richtung vor allem Nachdruck legen müssen auf das Wort „unvereinbar", das auf die Notwendigkeit eines erheblichen, unüberbrückbaren Widerspruchs zum gesunden Volksempfinden hinweist.

d) Das Korrektiv der Volksanschauung entspricht nationalzozialistischer Rechtsauffassung.

Vollendeter Schutz der Volksgemeinschaft und besonders prozessuale Gründe bedingen also eine gewisse Einschränkung des Willensprinzips. Daß zu diesem Korrektiv die gesunde Volksanschauung erklärt wurde, entspricht nationalsozialistischer Rechtsauffassung und kennzeichnet die Stellungnahme des Nationalsozialismus zum Problem: Recht und Ethik. Hier, wie bei dem weiter unten noch näher zu betrachtenden Begriff „Unrecht" eröffnet der Gesetzgeber dem sittlichen Empfinden Eingang in die strafrechtliche Vorsatzlehre. Diese Regelung folgt aus dem Kernpunkt der nationalsozialistischen Weltanschauung: der Volksgemeinschaft. Ihr Wohlergehen hat das Ziel und Streben alles Denkens und Handelns der Deutschen zu sein. Bewegung, Staat, Recht, Religion, Ethik usw., alles vom Kleinsten bis zum Größten sind Mittel zu dem einen Zweck. In der völkischen Lebensgemeinschaft gipfeln alle Gebiete des deutschen Lebens, wenn sie auch den ihnen arteigenen Weg gehen. Durch dieses Streben aller Lebensgebiete nach dem einen Ziel kann es einen grundsätzlichen Unterschied zwischen ihnen nicht geben, wobei jedoch ihre verschiedene besondere Art nicht verkannt werden soll. Daraus folgt auch der Gleichklang von Recht und Ethik, die im nationalsozialistischen Staat nur

[75]) Deutsches Strafr. 1936, S. 96 ff.

Volksrecht und Volksethik sein können. Dies bedeutet jedoch nicht, daß in Zukunft alle Sittennormen auch Rechtssätze sind, sondern höchste beherrschende Norm von Recht und Ethik ist das Wohl der Volksgemeinschaft. Dieses Ziel zu erreichen und damit ihren Zweck zu erfüllen, müssen beide in Zusammenarbeit anstreben. Die Forderung, daß das kommende deutsche Strafrecht ethisiert, vom Gedanken der materiellen Rechtswidrigkeit beherrscht sein soll, erhält durch den Begriff der gesunden Volksanschauung die maßgebende Richtung und eindeutige Ausprägung. Das Verlangen, daß dem gesunden Rechtsempfinden des deutschen Volkes eine entgegenstehende Einstellung eines Einzelnen weichen muß, bedeutet klarste Festlegung des Grundgedankens der nationalsozialistischen Weltanschauung im Gegensatz zur leitenden Idee des Liberalismus: Hier Wohl der Volksgemeinschaft — dort Freiheit des Einzelnen. So betonte auch die Reichsregierung in ihrem Programm vom 23. März 1933: „Unser Rechtswesen muß in erster Linie der Erhaltung der Volksgemeinschaft dienen . . . . Nicht das Individuum kann Mittelpunkt der gesetzlichen Sorge sein, sondern das Volk . . .". Dieser Forderung allein gerecht zu werden und den Schutz des Volkes allein zum Maßstab der Strafgerechtigkeit zu machen, behaupten die wenigen Vertreter der Theorie, die das Unrechtsbewußtsein als Vorsatzelement ablehnt[76]). Bei oberflächlicher Prüfung scheint dies auch die einfachste Lösung zum vollkommenen Schutz der Volksgemeinschaft zu sein. Es wird jedoch dabei verkannt, daß das Prinzip das Volk nur theoretisch am besten schützt, denn in Wirklichkeit würde die Gemeinschaft und der Volksfriede erheblich gestört werden, wenn man den Schutz auf diese radikale Weise praktisch durchführen wollte, die dem Volksempfinden gröblich zuwiderläuft. Die Anhänger der Lehre „error iuris nocet" müssen ja selbst zugeben, daß ihr Standpunkt vom Volk als Härte empfunden wird und nicht gerade volkstümlich ist. Wenn sie sich jedoch damit zu rechtfertigen suchen, daß sie behaupten, ihr Prinzip als solches sei durchaus in das Volksbewußtsein übergegangen[77]), so erwidert v. Gleispach[78]) darauf treffend, daß dies wohl der Fall sein mag, doch dargetan sei damit gar nichts. „Denn Rechtsbewußtsein des Volkes, d.h. seine Empfindungen über Recht und Unrecht, und Wissen des Volkes um irgend einen Satz des positiven Rechts, sind doch wahrlich nicht dasselbe"[78]). Die maßlose Ungerechtigkeit, die dem Prinzip: Unkenntnis des Gesetzes schützt nicht vor Strafe, vor allem immer wieder vorgehalten wird, sucht Klee[79]) mit der Behauptung zu widerlegen, „daß es das Volk nicht als ungerecht empfinde, aus dem sehr gesunden Instinkt heraus, daß, gelte das Prinzip nicht, die Rechtspflege Schaden leiden würde, weil sich dann jeder auf die Unkenntnis von Gesetzen, deren strikte Durchführung zum Wohle des Ganzen unerläßlich ist, berufen würde." Diese Begründung ist unrichtig. Denn als gerecht wird das Volk die Forderung von der Unbeachtlichkeit des Rechtsirrtums nie empfinden, mag es sie auch als notwendig begreifen, damit die Rechtspflege nicht Schaden leide. Eine Polemik darüber, ob der Satz „error iuris nocet" von dem Volksempfinden als gerecht oder ungerecht betrachtet wird, ist durch die vorgeschlagene Regelung im kommenden Strafrecht ohnedies hinfällig. Denn steht fest, daß der Täter das Bewußtsein gehabt hat oder wenigstens in Kauf genommen hat, Verbotenes zu tun, so bestraft ihn die kommende Schuldlehre wegen Vorsatzes; sie kommt also zum gleichen praktischen Ergebnis wie die Lehre von der Unbeachtlichkeit des Unrechtbewußtseins, wenn auch auf zweifellos gerechterer Grundlage. Der praktische Unterschied zwischen den beiden Lehren von der Beachtlichkeit und Unbeachtlichkeit des Unrechtbewußtseins und die Frage, welche von beiden vom Volk als gerechter empfunden wird, tritt erst hervor in den Fällen, in denen das kommende Strafrecht das Unrechtsbewußtsein des Täters verneint oder es ihm nicht nachweisen kann, und deshalb zur Freisprechung gelangen müßte. In diesen Fällen bestraft die

[76]) Vgl. Schmidt-Leichner, S. 59 und 68.
[77]) DJZ. 1934, S. 1307. Klee.
[78]) DJZ. 1935, S. 10.
[79]) DJZ. 1934, S. 1307.

Theorie „error iuris nocet" ohne die Frage zu prüfen, ob dies vom Volk als gerecht empfunden wird. Die kommende Schuldlehre dagegen prüft mittels des Irrtumssatzes jeden einzelnen Fall dahingehend, ob die Einstellung des Täters mit dem gesunden Volksempfinden vereinbar ist oder nicht. Sie läßt also in jedem Einzelfalle das Gefühl des Volkes entscheiden, ob es die Bestrafung des Täters wegen Vorsatzes und damit die Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit des Unrechtsbewußtseins für gerecht hält oder nicht.

e) Die Volksanschauung muß „gesund" sein.

Die „gesunde" Volksanschauung soll dem Richter zu einer gerechten Urteilsfindung helfen. Darum darf sich also der Richter nicht damit begnügen, festzustellen, wie das Volk oder der in Frage kommende Teil des Volkes über Recht oder Unrecht tatsächlich denkt, sondern er muß prüfen, ob die Einstellung des Täters mit den Erfordernissen und Bedürfnissen der völkischen Lebensgemeinschaft vereinbar ist oder ob sie die Mißbilligung der Volksgesamtheit verdient. Während also einerseits bei Prüfung der gesunden Volksanschauung der Richter nicht bedingungslos auf die wirklich im Volke vorhandenen Anschauungen abstellen darf, sondern sie mit der nationalsozialistischen Idee in Einklang zu bringen hat, darf andererseits nicht allein die abstrakte Idee zum Maßstab dienen. Nur Wirklichkeit und Idee zugleich können dem Richter die gesunde Volksanschauung vermitteln. — Sozusagen als Bindeglied zwischen der konkreten Lebenswirklichkeit und der abstrakten nationalsozialistischen Idee kommt dabei dem Willen der politischen Führung und damit der nationalsozialistischen Bewegung höchste Bedeutung zu. Die NSDAP. ist als Trägerin des deutschen Staatsgedankens zur Gestaltung und Formung des deutschen politischen Wollens, zur weltanschaulichen Ausrichtung des deutschen Volkes und somit zur bewußten Bildung der „gesunden" Volksanschauung berufen[80]). Da so entsprechend der nationalsozialistischen Idee einerseits der Führungswille den Volkswillen gestaltet, andererseits die Führung in Deutschland unausgesetzt bemüht sein muß, der verkörperte Ausdruck des Volkswillens zu sein, findet der Richter an beiden Orientierungspunkte, denen er die Richtschnur seiner Entscheidungen entnehmen kann[81]). „Durch Berücksichtigung der empirisch vorhandenen Rechtsanschauung und dahingehende Feststellungen eines tatsächlichen Sachverhalts, zugleich aber durch Besinnung auf die nationalsozialistische Rechtsidee und durch Gehorsam gegenüber dem Willen der politischen Führung findet der Richter die zutreffende Entscheidung."[82]).

f) Gesundes Volksempfinden ist kein unbestimmter Begriff.

Nicht beigestimmt werden kann den Bedenken Gerlands[83]), der „gesundes Volksempfinden" für einen zu relativ bestimmten Begriff hält, welcher es dem gerissenen Verbrecher besonders erleichtert, den Maschen des Gesetzes zu entschlüpfen. Der Begriff ist im Gegenteil zu seiner praktischen Verwendbarkeit klar und bestimmt genug festgelegt, läßt jedoch wiederum, wohl nicht für den Rechtsbrecher, so doch für den nationalsozialistischen Richter genügend Spielraum. In den Zeiten vor der nationalen Erhebung des deutschen Volkes wäre freilich eine Verwendung derartiger Wertbegriffe ein Unding gewesen, da jeder Volksgenosse seine eigene Weltanschauung hatte. Heute dagegen ist und wird die deutsche Volksanschauung nach einer einheitlichen Idee ausgerichtet, die dem Richter ausschließlich und deutlich vermittelt, was unter „gesund" zu verstehen ist. Auf der anderen Seite stellt die „gesunde Volksanschauung" nicht einen starren Begriff mit haarscharfen Grenzen dar, der dem Rechtsbrecher schon vor der Begehung der Tat genau die Maschen des Gesetzes erkennen ließe. Mit seiner gewissen Geshchmeidigkeit bildet der Begriff gerade umgekehrt ein unentbehrliches Mittel für den Rich-

[80]) Vgl. Zschr. 1935, S. 8 ff.; Mezger.
[81]) Vgl. Deutsche Justiz, 97/1244.
[82]) Deutsches Strafr., 1935, S. 91.
[83]) Deutsche Justiz, Bd. 96, S. 225.

ter, alle Lücken des Gesetzes zu schließen und das Durchschlüpfen durch die Netze der Strafrechtspflege zu verhindern[84]).

g) Gesunde Volksanschauung ist im Gesetz enthalten und vom Richter festzustellen.

Diese Übertragung der Grenzfeststellung auf den Richter bedeutet nicht, wie Oetker[85]) meint, daß dem Richter ein Prüfungsrecht über die Vereinbarkeit des in Betracht kommenden Gesetzes mit der gesunden Volksanschauung eingeräumt werde. Die nationalsozialistische Gesetzgebung ist bemüht, daß alle Gesetze der gesunden Volksanschauung entsprechen. Nicht ob diese Bemühung bei dem verletzten Gesetz tatsächlich gelungen ist, soll von dem Richter geprüft werden, sondern ob in dem vorliegenden konkreten Fall unter Würdigung seiner speziellen Verhältnisse das Verhalten des Täters, auf dem sein Irrtum beruht, der gesunden Volksanschauung widerspricht. Denn auf Grund der gesunden Volksanschauung bestimmt der Gesetzgeber ganz allgemein, daß, wer mit dem Bewußtsein, Unrecht zu tun, Verbotenes tut, bestraft wird. Der Gesetzgeber hat damit die wichtigsten, für die Volksgemeinschaft schädlichsten Verbrechen erfaßt. In der Erkenntnis jedoch, daß auch unter den Verbrechen, die ohne Unrechtsbewußtsein verübt werden, sich noch ebenso volksschädliche Täter befinden können, die der Gesetzgeber nicht generell fassen konnte, da sie in jedem Einzelfall anders in Erscheinung treten, wurde dem Richter die Feststellung dieser Täter übertragen und ihm als Wertmaßstab die Grundlage aller Gesetze, die gesunde Volksanschauung, beigegeben.

h) Die Fassung der Irrtumsklausel.

M. E. unbegründet ist daher die Befürchtung Oetkers[86]), daß der Satz von der Unbeachtlichkeit eines mit der Volksanschauung unvereinbaren Irrtums eine unglückliche Fassung gefunden habe, die erheblichen Schaden anrichten könnte. Denn außerordentlich nahegelegt sei der Umkehrschluß: „Beachtlich ist ein Irrtum, der auf einer Einstellung beruht, die mit der gesunden Volksanschauung vereinbar ist." Ob man diesen Satz so oder wie im Entwurf vorgeschlagen, formuliert, ist im praktischen Ergebnis gleichgültig. Zu berücksichtigen ist doch, daß, wie schon erwähnt, der Richter zuerst an Hand der Beweisaufnahme zu prüfen hat, ob das Unrechtsbewußtsein des Täters (oder wenigstens das Inkaufnehmen) tatsächlich vorliegt. Bei negativem Ergebnis ist in der Regel eine Bestrafung wegen Vorsatzes ausgeschlossen. Bevor jedoch der Richter zur Prüfung der Entschuldbarkeit des Irrtums übergeht, und daher feststellt, ob der Täter die Möglichkeit des Unrechtbewußtseins gehabt hat, und dieser wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen wäre, hat er zu prüfen, ob in dem konkret vorliegenden Falle der Irrtum auf einer solch volksschädlichen Einstellung des Täters beruht, daß die nationalsozialistische Volksanschauung eine Bestrafung nach der schwereren Schuldform verlangt. Das Wesen und der Zweck des vom Entwurf vorgeschlagenen Satzes der Unbeachtlichkeit des Irrtums wird nicht getroffen, wenn ihn Oetker[87]) durch die Formel ersetzen will: „Für die Zurechnung ist unerheblich die Anschauung des Täters über den rechtlichen, sittlichen, sozialen und religiösen Wert der von ihm übertretenen Vorschrift." Denn gerade wie der Täter die übertretene Vorschrift bewertet, kann ein wichtiger Fingerzeig für seine Einstellung zur Volksgemeinschaft sein. Ob sich die gesunde Volksanschauung mit dieser den Irrtum des Täters verursachenden Einstellung vereinbaren läßt, ist für die Beachtlichkeit des Irrtums einzig und allein maßgebend.

i) Das gesunde Volksempfinden und die früheren Reichsgerichtsurteile.

Einen m.E. negativen Beitrag zur Klärung des Begriffes „gesundes Volksempfinden" im kommenden Strafrecht liefert Kohlrausch[88]). Er verteidigt die

[84]) Vgl. Deutsche Justiz, Bd. 96, S. 472.
[85]) in Frank, Handb., S. 1340.
[86]) Frank, Handb., S. 1340.
[87]) in Frank, Handb., S. 1340.
[88]) Zschr. 1936, S. 390.

bisherige Praxis des Reichsgerichts über den Rechtsirrtum, d.h. die Trennung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum mit der Behauptung, daß die Reichsgerichtsurteile gerade hier schon bisher das gesunde Volksempfinden als Ausgangspunkt hatten. Es besteht zwar kein Zweifel darüber, daß die Entscheidungen des Reichsgerichts, ob ein Irrtum ein unbeachtlicher, strafrechtlicher oder ein beachtlicher außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum ist, ersichtlich oft von dem Ergebnis her getroffen waren, ob Freisprechung oder Verurteilung angezeigt erschien. Als Maßstab dafür, welche Entscheidung im konkreten Fall angebracht war, diente jedoch das Rechtsempfinden und die Sittenanschauungen der Mehrheit der Mitglieder, aus denen sich eben gerade der betreffende Strafsenat zusammensetzte.. Schon vor der nationalen Revolution von einem einheitlichen gesunden Volksempfinden zu sprechen, ist unmöglich, weil ja, von unzähligen politischen, ethischen, religiösen und sonstigen Strömungen bearbeitet, jeder Volksteil anders empfand und allein gesund in seinem Sinne zu empfinden glaubte. Unvergleichbar damit ist das einheitlich ausgerichtete Empfinden des ganzen deutschen Volkes von heute und damit des kommenden Strafrechts, das als nationalsozialistische Volksanschauung „gesund" ist, weil es das Wohl des gesamten Volkes umfaßt. Es bildet für die richterlichen Entscheidungen eine klare Richtlinie und entzieht die Urteile einem irgendwie ausgerichteten persönlichen Empfinden des Richters.

II. a) Das Bewußtsein der „Pflichtwidrigkeit" konnte im geltenden Strafgesetzbuch nicht zum Vorsatzelement erhoben werden.

Das zweite Hauptargument, das neben der schweren Nachweisbarkeit gegen die Theorie vom Bewußtsein der Rechtswidrigkeit schon bisher eingewandt wurde, war der Vorwurf, daß die Rechtsgebote im Vorstellungsleben des Menschen keine Zentralstellung einnehmen[89]). Diesen Mangel suchten andere Theorien dadurch zu beheben, daß sie anstelle der Rechtswidrigkeit das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit verlangten[90]). Diese Theorie konnte in der Zeit vor der nationalen Revolution deshalb keinen Anspruch auf praktische Verwendbarkeit erheben, weil in der liberalistischen Denkweise jener Zeit zwischen rechtlicher und sittlicher Schuld auf das Tiefste unterschieden wurde und vom Standpunkt der geltenden Rechtsordnung gegen Pflichtwidrigkeit kein rechtlicher Schuldvorwurf möglich ist. Im engen Zusammenhang damit war es aber damals auch vor allem deshalb ausgeschlossen, auf die Pflichtwidrigkeit abzustellen, weil das Volk zersplittert war und jede Volksklasse und jede Partei ihre eigenen ethischen Anschauungen hatte.

b) Das kommende Strafgesetzbuch kann auf „Pflichtwidrigkeit" abstellen.

Erst der Nationalsozialismus vollbrachte die Herstellung eines einheitlichen Volksgeistes, indem er das Wohl des durch Blut und Boden verbundenen Volkes zur obersten Richtschnur erklärte. Wie schon oben[91]) bei dem gesunden Volksempfinden, dem anderen Berührungspunkt der Vorsatzlehre mit der Ethik, dargelegt wurde, entspringt daraus folgerichtig die Forderung an das kommende Strafrecht, die der Führer 1933 in Leipzig durch die Worte kennzeichnete: „Recht und Moral müssen eins sein." Denn in der Volksgemeinschaft, dem Ausgangspunkt alles nationalsozialistischen Denkens, „bildet sich die von der Allgemeinheit gebilligte und befolgte Anschauung heraus über Gut und Böse, Recht und Unrecht, Erlaubtes und Unerlaubtes, Verwerfliches und Nichtverwerfliches. Dabei machen die Volksgenossen sich keine Gedanken darüber, ob die Norm, nach der sie sich richten, und deren Befolgung sie auch von den anderen erwarten, dem Recht oder der Moral angehört, oder gar ob es sich um Strafrecht oder Nichtstrafrecht handelt."[92]) Es ist das

[89]) Siehe S. 7 der Arbeit.
[90]) Siehe S. 5 der Arbeit.
[91]) Siehe S. 12 der Arbeit.
[92]) Freisler, Denkschr., S. 83 f.

ungeschriebene Gemeinschaftsgesetz, das sie bindet und dessen Befolgung das gesunde Leben des Volkes erst ermöglicht. So hat der Nationalsozialismus, indem er eine dem gesamten deutschen Volke eigene Pflichtauffassung geschaffen hat und das Strafrecht als Spiegelbild der Sittenordnung erklärt hat, es ermöglicht, Pflichtwidrigkeiten unter Strafe zu stellen[93]).

c) Der Entwurf verlangt das Bewußtsein „Unrecht" zu tun.

Der Entwurf für das kommende deutsche Strafrecht hat für Pflichtwidrigkeit den Begriff „Unrecht" vorgeschlagen, der demgemäß jedes Verhalten bedeutet, das mit dem Wohl der Volksgemeinschaft, mit den „Normen, die für ein völkisches Leben unentbehrlich sind"[94]), nicht vereinbar ist. Das zweite Reich und erst recht der Weimarer Staatsapparat, die sich zu den Anschauungen ihrer Untertanen neutral verhielten, hatten im Strafgesetzbuch formal und wörtlich festzulegen, was verboten und was erlaubt ist. Da ein allgemein anerkannter Maßstab in solchem weltanschaulich nicht oder nicht einheitlich fundiertem Staate fehlte, an dem das Handeln jedes Einzelnen zu werten war, konnte Unrecht nur das sein, was ausdrücklich im Gesetz verboten wurde. „Ein einheitlicher Weltanschauungsstaat wie das Dritte Reich kann aber mit einem solchen formalen Unrechtsbegriff nicht leben, er würde an ihm verhungern."[95]). Dementsprechend erläutert die Strafrechtskommission den von ihr vorgeschlagenen Unrechtsbegriff: „Der Schuldvorwurf, das Unrecht, erschöpft sich nicht im formellen Verstoß gegen die gesetzliche Vorschrift, übergeordnet ist die materielle Rechtswidrigkeit, die ihrem Wesen nach ein Angriff auf die Lebensbedingungen der Volksgemeinschaft ist."[96]). Auch ohne Strafdrohung ist demnach jede Verletzung der Lebensziele, welche die Volksgemeinschaft sich stellt, Unrecht. Das Erfordernis des Unrechtbewußtseins im kommenden Strafgesetzbuch bedeutet daher nicht, daß der Täter sich bewußt sein muß, gegen eine bestimmte Strafnorm zu verstoßen, er braucht die von ihm verletzte Strafnorm nicht zu kennen. Wohl muß ihm aber ein Gefühl dafür innewohnen, daß er sich in Widerspruch setzt zum Willen der Volksgemeinschaft, zum Rechtsempfinden des deutschen Volkes. Hatte der Täter das Verwerfliche seines Tuns erkannt oder hätte er es nach seiner intellektuellen, moralischen Veranlagung erkennen können, so muß er die Rechtsfolgen, sowie auch die Straffolgen seiner Tat tragen. Ob der Täter dabei sein Tun für sittlich oder rechtlich verwerflich hält, ist vom Standpunkt des kommenden Strafrechts gleichgültig, da ja weitgehende Konkordanz von Recht und Ethik angestrebt wird[97]).

d) Unrecht und Gesetz.

Unrecht wird also in Deutschland auch da möglich sein, wo es kein Gesetz mit Strafe bedroht. Das völkische Gemeinschaftsrecht, das Gebot der materiellen Gerechtigkeit steht über dem Gesetz. Da jedem Verbrechen derselbe Bestandteil von nicht mehr begrifflich Erfaßbarem anhaftet, hinkt das Gesetz nach und ist gar nicht imstande, das Recht der Gemeinschaft vollständig wiederzugeben[98]). Das Gesetz verzichtet mithin darauf, alleinige Erkenntnisquelle für Recht und Unrecht zu sein[99]). Dies schmälert jedoch die Bedeutung des Gesetzes als Rechtsquelle in keiner Weise. Denn das Gesetz ist der schriftlich festgelegte Führerwille und stellt so den vornehmsten Ausdruck des gesunden völkischen Empfindens dar. Es ist daher Richtlinie für dessen Auslegung und hat seine praktische Bedeutung als Anweisung für die Durchsetzung des übergesetzlichen Rechts in der Praxis[100]). So besagt die

[93]) Vgl. Schaffstein, Zschr. 1936, S. 24; Berges, Deutsches Strafrecht, Bd.I, S. 242.
[94]) Gürtner, Das kommende Strafr., S. 51.
[95]) Freisler, Deutsches Strafr., Bd. 79, S. 12; Schaffstein, Zschr. 1936, S. 28.
[96]) Gürtner, Das kommende Strafr., S. 74.
[97]) Vgl. Oetker, in Frank, Handb., S. 1339.
[98]) Vgl. Dahm, Nationalsoz. und faschistisches Strafr., S. 14.
[99]) Gürtner, in Deutsche Justiz, Bd. 97, S. 1243.
[100]) Vgl. Frank, Leitsätze, S. 28.

Gleichschaltung von Recht und Ethik nicht, daß alle Gebote der Sitte künftig als Rechtsnormen gelten. „Die Gebote der Sittlichkeit werden aber auf den durch das Gesetz nicht erfaßten Gebieten in weitem Umfang die Frage entscheiden, ob ein Verhalten ein Unrecht an der Allgemeinheit darstellt, und ob gesundes Volksempfinden Bestrafung eines solchen Verhaltens erfordert."[101]).

e) Der Unrechtsbegriff und die Rechtssicherheit.

Im Gegensatz zur Wertung und Verurteilung der Tat im bisherigen Recht tritt im nationalsozialistischen Staat das Täterstrafrecht, dem Persönlichkeitsbeurteilung und -verurteilung eigen ist. Dabei muß es natürlich das nationalsozialistische Strafrecht ablehnen„ den Beurteilungsmaßstab aus der seelischen und sittlichen Konstitution des Täters zu entnehmen (soziologische Strafrechtsschule); es erklärt vielmehr bei einem Zwiespalt dieser Konstitution mit der entsprechenden des Volkes die letztere als maßgebend[102]). Doch erscheint im nationalsozialistischen Strafrecht die Rechtssicherheit des Einzelnen nicht etwa als nebensächlich; sie wird vielmehr durch die nun strafrechtlich wirklich garantierte Lebenssicherheit des ganzen deutschen Volkes am besten gewährleistet. Andererseits stellt entgegen dem bisherigen Recht das kommende Strafrecht durch die Aufstellung des Unrechtsbegriffs keinen Freibrief mehr für die Volksschädlinge aus, die ihr zweifelhaftes Treiben auf dem schlüpfrigen Boden zwischen dem ausdrücklich für strafbar Erklärten und dem Anständigen ausüben. Es ist bestimmt der Gerechtigkeit besser gedient, wenn dieses Gebiet zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem keine scharfen Grenzen erkennen läßt und wenn die dadurch hervorgerufene gewisse Rechtsunsicherheit bei dem Verbrecher Hemmungen einschaltet und ihn zur Vorsicht, zum Verbleiben auf dem Boden des zweifellos Rechtmäßigen anhält, als daß der Richter durch einen genau abgegrenzten Begriff des Verbotenen im Interesse einer Rechtssicherheit gefesselt werde, die doch nur demjenigen zugute kommt, dessen Tun der Allgemeinheit schädlich oder doch nur von zweifelhaftem Wert ist[103]).

f) Die dogmatische Stellung des Unrechtbegriffs.

Das in der Vorsatzlehre aufgenommene Wort „Unrecht" bedarf auch von der dogmatischen Seite her einer kurzen Prüfung. Diese ergibt, daß „Unrecht" in der strafrechtlichen Dogmatik einen vollständig neuen Begriff darstellt, der an die Stelle des Begriffes „Rechtswidrigkeit" im geltenden Strafgesetzbuch getreten ist. Es ist jedoch unverkennbar, daß dieser neue Rechtsbegriff in seiner dogmatischen Stellung viel näher an die „Schuld" herangerückt ist als dies bei der „Rechtswidrigkeit" der Fall war. „Diese subjektive Rechtswidrigkeit des kommenden Strafrechts ist in stärkerem Maße objektiv orientiert als der Gedanke der Schuld, sie ist aber zugleich subjektiver und persönlicher gedacht als die objektive Rechtswidrigkeit alten Stils."[104]).

g) Der Entwurf verlangt alternativ das Bewußtsein, gegen ein „Gesetz" zu verstoßen.

Schließlich bleibt noch zu erwähnen, daß der Entwurf in der Vorsatzdefinition neben dem Unrecht trotzdem noch den formalen Gesetzesverstoß aufführt. Dies begründet Schäfer damit[105]), daß der Gesetzgeber im Interesse des Volksganzen auf gewisse Gebiete des Nebenstrafrechts, auf die ordnende Funktion verschiedener Rechtsgebiete Rücksicht nehmen muß, bei denen das allgemeine Unrechtsbewußtsein vielleicht keinen geeigneten Maßstab geben

---

[101]) Gürtner, in Deutsche Justiz, Bd. 97, S. 1245.
[102]) Freisler, in Deutsche Justiz, Bd. 97, S. 1251.
[103]) Gürtner, Deutsche Justiz, Bd. 97, S. 1243.
[104]) Mezger, Zschr. 1936, S. 16.
[105]) Gürtner, Das kommende Strafr., S. 63.

könnte. Dagegen ist m.E. die Kritik Oetkers[106]) berechtigt, daß es dieser Alternative nicht bedurft hätte, denn wer bewußt gegen ein Gesetz verstößt, hat in dem maßgebenden Sinne des kommenden Strafgesetzbuches auch das Bewußtsein Unrecht zu tun.

III. a) Der Irrtum.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß das kommende Strafrecht den Täter, der die Tatbestandsmerkmale vorsätzlich verwirklicht hat, nur dann wegen Vorsatzes bestraft, wenn sein Bewußtsein oder Inkaufnehmen Unrecht zu tun, vorliegt, es sei denn, daß seine Einstellung der gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht widerspricht; mit dieser positiven Feststellung der Vorsatzerfordernisse hat die Kehrseite, der Irrtum, eine klare und einfache Lösung gefunden; der so heiß umstrittene Rechtsirrtum hat aufgehört ein Problem zu sein. Denn irrt der sonst tatvorsätzlich handelnde Täter über das Verbotensein seiner Handlung, d.h. glaubt er nichts Unrechtes zu tun oder macht er sich darüber überhaupt keine Gedanken, so ist sein Irrtum, abgesehen von den mit den Volksempfinden unvereinbaren Fällen, beachtlich, eine Bestrafung wegen Vorsatzes ausgeschlossen. Dies bedeutet jedoch nicht, daß der Täter nun infolge seines Rechtsirrtums straflos bleiben muß. Gerade im Irrtum kann seine Schuld liegen, wenn er das Verbotene seines Tuns hätte kennen müssen. Daher wird der Täter in diesen Fällen wegen Fahrlässigkeit bestraft, zu deren Erfordernis im kommenden Strafrecht die Möglichkeit des Unrechtbewußtseins erklärt wird. Ist der Irrtum dagegen entschuldbar, so bleibt der Täter straflos. — Völlig unberechtigt ist der Vorwurf Schiebolds[107]), daß die Darstellung des Irrtums im Bericht der Strafrechtskommission erkennen lasse, daß Schäfer[108]) „weder das Wesen des Irrtums noch der Fahrlässigkeit aufgegangen sei". In den Darlegungen Schäfers wird nirgends die Behauptung aufgestellt, daß, wenn ein Irrtum vorliegt, auch Fahrlässigkeit zu verneinen wäre. Die Ausführungen Schäfers besagen lediglich, daß Fahrlässigkeit zu verneinen ist, wenn vom Täter das Kennenmüssen des Unrechten nicht verlangt werden kann; sie lassen jedoch keine andere Auffassung erkennen, als die, daß der Irrtum die Umkehrung des Vorsatzes darstellt, und entschuldbarer Irrtum und Fahrlässigkeit das Gleiche sind.

Auf dem Gebiete des Irrtums zeigt sich erst so richtig, welche hervorragende Lösung das Vorsatzproblem im kommenden Strafrecht gefunden hat. Alle bisherigen Irrtumsfälle lassen sich mit der zum Bestandteil der beiden Schuldformen gemachten Formel über das Bewußtsein oder die Möglichkeit des Bewußtseins Unrecht zu tun, lösen. Denn da jeder Irrtum letzten Endes den Irrtum über das Verbotensein der Handlung zur notwendigen Folge hat, kommt künftighin dem Rechtsirrtum allein Bedeutung zu[109]). Entscheidend ist allein der Umstand, daß infolge des Irrtums dem Täter das Bewußtsein, unerlaubt zu handeln, fehlt. Jeder Irrtum, der diese Folge hat, ist rechtlich von Bedeutung, jeder, der sie nicht hat, ist rechtlich belanglos, es sei denn, er widerspreche der gesunden Volksanschauung. Die Vielzahl der Irrtumsfälle, deren Untersuchung in der geltenden Strafrechtslehre so großen Raum einnimmt, sei es der Irrtum über Tatbestandsmerkmale, Subsumtionsirrtum, Falschannahme von Rechtfertigungsgründen, Irrtum über den Kausalverlauf, erfahren dann gleichermaßen ihre Lösung nach diesem Prinzip.

b) Die Rechtsfahrlässigkeit.

Die Regelung im kommenden Strafrecht, daß ein hinsichtlich der Tatseite vorsätzliches Delikt durch fahrlässigen Rechtsirrtum zu einem fahrlässigen Delikt erklärt wird, hat lebhafte Kritik hervorgerufen[110]). Es wird

[106]) Frank, Handb. S. 1338.

[107]) Schiebold, Stellungnahme zur Schuldlehre im kommenden Strafrecht, S. 16.

[108]) Gürtner, Das kommende Strafrecht, S. 64.

[109]) Vgl. Binding, Normen, III; v. Weber, Deutsches Strafrecht, 1936, S. 97; Dohna, S. 18 u. 25; Ebermayer, LZ. 1918, S. 806; Kohlrausch, S. 20, 46 u. 187.

[110]) Vgl. Dohna, Mon.Schr. 1935, S. 99.

jedoch dabei übersehen, daß dies konsequente Durchführung des Willensstrafrechts bedeutet, daß demnach nach nationalsozialistischem Rechtsdenken das Wesentliche nicht in der Verwirklichung der Tat als solchen, sondern in der inneren Einstellung des Täters zu ihr unter Berücksichtigung der Interessen der Volksgemeinschaft besteht.

Eine Schwierigkeit, die der Gesetzgeber durch die Einführung dieser „rechtsfahrlässigen" Delikte zu überwinden hatte, war die Bemessung der Strafe in diesen Fällen mit dem Strafrahmen der „tatfahrlässigen" Handlungen in Einklang zu bringen. Denn zu beachten ist dabei, daß viele strafbare Handlungen nur tatvorsätzlich, jedoch nicht tatfahrlässig begangen werden können, während alle rechtsvorsätzlichen Delikte auch rechtsfahrlässig möglich sind. Wie schon im geltenden Strafgesetzbuch, ist also auch künftighin nur bei gewissen Delikten für die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes ein Strafrahmen vorgesehen. Dieser konnte auch für die rechtsfahrlässige Begehung des betreffenden Delikts verwendet werden. Für die Handlungen, deren tatfahrlässige Begehung nicht möglich ist, hat die Kommission für den Fall der fahrlässigen Nichterkenntnis des Unrechts einen besonderen Strafrahmen eingeführt. Demnach wird die Rechtsfahrlässigkeit in diesen Fällen mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft; jedoch darf die Strafe nach Art und Maß nicht schwerer sein, als die für die vorsätzliche Begehung der Tat angedrohte Strafe[111]).

IV. Zusammenfassung.

Berücksichtigt man, daß neben dem Dolus der weitgehende Eventualdolus steht, daß gerade bei schweren und schwersten Delikten die Berufung auf Mangel des Unrechtsbewußtseins kaum in Frage kommen kann, daß die bloße Berufung auf Irrtum natürlich nicht ausreicht, sondern der Richter die Überzeugung gewonnen haben muß, der Täter habe wirklich geirrt, daß bei volksfeindlicher Einstellung trotz des Irrtums Bestrafung wegen Vorsatzes erfolgt, daß die Gerichte die Frage, ob der Irrtum verschuldet ist, keineswegs obenhin prüfen werden und daß in allen Fällen verschuldeten Irrtums die Möglichkeit empfindlicher Bestrafung offen gelassen wird, so könnten die Bedenken gegen eine derart einfache, klare und erschöpfende Regelung der Irrtumsfrage wohl zurückgestellt werden.

Unter Verzicht der Untersuchung ob Tat- oder Rechtsirrtum, unter Beseitigung aller sonstigen Varianten von Quellirrtümern ergibt sich zur Feststellung der Schuld für den Richter folgende Prüfung:

I. Kann auf Grund der Beweiserhebung und der pflichtmäßigen Beweiswürdigung festgestellt werden, daß der Täter bewußt unrechtmäßig gehandelt (oder gegen ein Gesetz verstoßen) hat?
   Ja = Bestrafung wegen Vorsatzes.
   Nein = II.

II. Hat der Täter in Kauf genommen Unrecht zu tun (oder gegen ein Gesetz zu verstoßen)?
   Ja = Bestrafung wegen Vorsatzes.
   Nein = III.

III. Zeigt die Tat eine volksschädliche Einstellung des Täters, hat er also gegen die gesunde Volksanschauung über Recht und Unrecht gehandelt?
   Ja = Bestrafung wegen Vorsatzes.
   Nein = IV.

IV. Hätte der Täter bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen müssen, daß er Unrecht tut (oder gegen ein Gesetz verstößt)?
   Ja = Bestrafung wegen Fahrlässigkeit, entweder mit der wegen fahrlässiger Begehung des Delikts angedrohten Strafe oder nach dem allgemeinen Sonderstrafrahmen für Rechtsfahrlässigkeit.
   Nein = straflos.

---

[111]) Gürtner, Das kommende Strafrecht, S. 71.